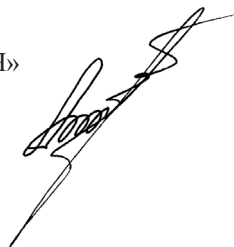


МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ  
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

**АНДРЕЙКІВ Андрій Іванович**



УДК 341.4

**РОЛЬ МІЖНАРОДНИХ СУДОВИХ УСТАНОВ  
У ФОРМУВАННІ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ ЗВИЧАЄВОГО  
МІЖНАРОДНОГО ПРАВА**

Спеціальність 12.00.11 – міжнародне право

**АВТОРЕФЕРАТ**

дисертації на здобуття наукового ступеня  
кандидата юридичних наук

Одеса – 2018

Дисертацією є рукопис.

Робота виконана на кафедрі міжнародного права Львівського національного університету імені Івана Франка.

**Науковий керівник** кандидат юридичних наук, професор  
**РЕПЕЦЬКИЙ Василь Миколайович**,  
Львівський університет імені Івана Франка,  
завідувач кафедри міжнародного права.

**Офіційні опоненти:** доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Національної академії  
правових наук України  
**БУРОМЕНСЬКИЙ Михайло Всеволодович**,  
Інститут міжнародних відносин  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка,  
професор кафедри міжнародного права;

кандидат юридичних наук, доцент  
**КОРОТКИЙ Тимур Робертович**,  
Національний університет  
«Одеська юридична академія»,  
професор кафедри міжнародного  
та європейського права.

Захист відбудеться 16 листопада 2018 року о 10.00 годині на засіданні спеціалізованої вченої ради Д41.086.04 Національного університету «Одеська юридична академія» за адресою: 65009, м. Одеса, вул. Фонтанська дорога, 23.

З дисертацією можна ознайомитися в науковій бібліотеці Національного університету «Одеська юридична академія» за адресою: 65009, м. Одеса, вул. Академічна, 2.

Автореферат розіслано 12 жовтня 2018 р.

Вчений секретар  
Спеціалізованої вченої ради



Г. О. Ульянова

## ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

**Обґрунтування вибору теми дослідження.** Існування будь-якої правової системи передбачає наявність інституцій, які здійснюють створення, реалізацію та захист правових норм. Судові органи, основою діяльності яких є забезпечення правових гарантій реалізації прав та інтересів суб'єктів правовідносин, є невід'ємним її елементом. Міжнародний суд ООН (МС ООН), Міжнародний кримінальний суд (МКС), Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ), маючи відносно нетривалу історію, посідають особливе місце в сучасній системі міжнародного судочинства.

Однією з особливостей функціонування міжнародних судових установ є застосування ними міжнародно-правових звичаїв. Аналіз їх діяльності дає змогу розкрити зміст вимог, які є необхідні та достатні для підтвердження наявності звичаєвих норм. Є всі підстави стверджувати, що міжнародні суди не лише виконують роль інституцій, які традиційно застосовують звичаєві норми, але і значно впливають на усі галузі міжнародного права через тлумачення їх норм. Вагомим є вплив міжнародних судів на процес кодифікації міжнародного права.

Значне збільшення кількості міжнародних судових установ, яке мало місце у другій половині XX століття, призвело до зростання обсягу практики застосування міжнародних звичаїв, яка підлягає аналізу, осмисленню та класифікації. Застосування міжнародних звичаїв різними міжнародними установами має специфіку, яка обумовлена природою суду, історичними та геополітичними чинниками, досвідом суддів, предметом судового розгляду.

Чимало правовідносин, які у класичному міжнародному праві регулювались звичаєвими нормами, в сучасних умовах мають договірно-правову природу. Аналіз рішень міжнародних судів свідчить, що застосування міжнародного договору не є абсолютним. Відповідно застосовуються норми звичаєвого міжнародного права, відсоток яких у регулюванні відносин динамічно змінюється. Висловлена радянською доктриною позиція, що кодифікація міжнародного права призведе до відмови у правозастосуванні міжнародного звичаю, не підтверджується практикою установ міжнародного судочинства.

У 2011 році Комісія міжнародного права ООН на своїй 63 сесії включила у довгострокову програму діяльності новий напрямок досліджень щодо ідентифікації звичаєвого міжнародного права. Попередні висновки Комісії засвідчують наявність значної практики міжнародних судових установ щодо застосування норм міжнародного звичаю. Специфіка рішень, особливо останніх десятиріч, вимагає вивчення критеріїв, які висувають суди для встановлення факту існування міжнародного звичаю. У поданому дослідженні практика міжнародних судових установ щодо застосування міжнародного звичаю узагальнена на прикладах міжнародних судових

установ різних юрисдикцій: МС ООН як універсального судового органу; Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (МКТЮ) та Міжнародного кримінального трибуналу по Руанді (МКТР), МКС як установ міжнародного кримінального права; ЄСПЛ як приклад інституційного забезпечення регіональної системи захисту прав людини.

Із здобуттям незалежності Україна набула певного досвіду у вирішенні спорів в міжнародних судових інстанціях, зокрема в МС ООН. У сучасних умовах використання міжнародних судових установ для захисту національних інтересів України є важливим завданням, яке обумовлює вивчення практики застосування міжнародних звичаїв.

Міжнародний звичай завжди був предметом наукових досліджень та академічного інтересу. До окремих аспектів міжнародного звичаю звертались вітчизняні та зарубіжні вчені. Відомі праці Г. М. Даниленка «Обычай в современном международном праве» та Ю. В. Щокіна «Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії та практики». Серед закордонних досліджень варто відзначити роботи К. Вольфке (K. Wolfke), А. Дамато (A. D'Amato), Д. Бедермана (D. J. Bederman), М. Баєрса (M. Byers). Віддаючи належне академічному доробку вчених у розкритті багатьох питань міжнародного звичаю, слід зазначити, що висвітлення його особливостей проводилось або в рамках загальної теорії міжнародного права, або в процесі вивчення окремих галузей. Дослідження ролі міжнародних судових установ у формуванні та реалізації звичаєвого міжнародного права запропоновано вперше.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.** Дисертаційне дослідження виконано у рамках планових наукових досліджень кафедри міжнародного права Львівського національного університету імені Івана Франка в межах теми «Проблеми кодифікації та прогресивний розвиток міжнародного права» (державний реєстраційний номер 0109U004336) на 2009-2012 рр. та «Міжнародне право ХХІ століття: сучасний стан та перспективи розвитку (державний реєстраційний номер 0113U00870) на 2012-2017 рр.

**Мета і завдання дослідження.** Метою дослідницької роботи є проведення аналізу впливу міжнародних судових установ на формування та реалізацію звичаєвого міжнародного права.

Досягнення поставленої мети здійснено через комплексне вирішення таких основних завдань:

розкрити поняття норми звичаєвого міжнародного права в світлі практики діяльності міжнародних судових установ;

визначити вплив доктрини та практики на встановлення місця звичаю в системі джерел міжнародного права;

розкрити позиції міжнародних судів щодо окремих елементів міжнародно-правового звичаю, вказавши при цьому умови, які, на думку судових органів, необхідні та достатні для формування звичаєвої норми;

виявити співвідношення доктрини звичаєвого нормотворення та практики міжнародних судів різних видів;

встановити особливості застосування норм звичаєвого права міжнародними судовими установами;

розкрити специфічні риси тлумачення звичаєвих норм міжнародними судовими установами;

з'ясувати роль міжнародних звичаїв у практиці МС ООН;

виявити місце міжнародних звичаїв у діяльності ЄСПЛ;

розкрити практику застосування звичаєвих норм органами міжнародного кримінального правосуддя.

*Об'єктом дослідження* є правовідносини, що виникають у процесі формування та реалізації звичаєвих норм міжнародного права, та практика їх застосування міжнародними судовими органами.

*Предметом дослідження* є роль міжнародних судових установ у формуванні та реалізації звичаєвого міжнародного права.

*Методи дослідження.* Наукову обґрунтованість сформульованих висновків визначено сукупністю методів наукового пізнання. Методологічне підґрунтя дисертації склали філософські, загальнонаукові методи пізнання, а також спеціальні методи правової науки. Використання цих методів здебільшого мало комплексний характер. Дослідження побудовано на принципі наукового плюралізму. У процесі дослідження широко використано діалектичний метод пізнання, що зокрема дало змогу розглядати юридичні питання у їх взаємозв'язку з економічними, політичними та іншими чинниками (підрозділи 1.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3). За допомогою історичного методу було досліджено генезу концепції міжнародного звичаю (підрозділи 1.2, 2.1, 2.3, 3.1, 3.3). Серед загальнонаукових методів пізнання важливе значення мало використання формально-логічних методів та прийомів обробки інформації: аналізу, синтезу, аналогії, індукції, дедукції, екстраполяції, моделювання і абстрагування. Їх використання під час теоретичного аналізу положень науки та практики дало змогу встановити основні вимоги до звичаєвих норм та елементів, потрібних для їх творення. Водночас, використання формально-юридичного методу дало змогу зосередити увагу на питанні місця звичаю в системі джерел міжнародного права (підрозділи 1.2, 2.1, 3.1). Застосування порівняльного методу допомогло розкрити особливості звичаєвих норм у судовій практиці кожного з судових органів (підрозділи 1.1, 1.2, 2.1, 3.1, 3.2, 3.3). За допомогою системного методу показано місце звичаєвих норм у міжнародно-правовій системі (підрозділи 1.1, 1.2, 2.2, 3.1, 3.3). Під час дослідження використано спеціальні наукові методи. Так, застосування методу нормативно-догматичного аналізу дало змогу тлумачити юридичні тексти міжнародних договорів, рішень досліджуваних судових установ (підрозділи 1.1, 1.3, 2.3, 3.1, 3.2, 3.3). Метод прогнозування дав можливість передбачити можливі варіанти зміни

механізму міжнародного звичаєвого нормотворення та правозастосування (підрозділи 1.2, 1.3, 3.1, 3.2, 3.3).

*Теоретичною основою* роботи були праці представників науки міжнародного права як України, так і зарубіжних держав, серед яких: Л. А. Алексідзе, Д. Анцилотті (D. Anzilotti), С. С. Андрейченко, Е. Х. де Аречага (E. Arechaga), С. Бастіт (S. Bastid), Р. Бакстер (R. Baxter), Д. М. Бедерман (D. J. Bederman), С. Бредлі (C. Bradey), Я. Броунлі (I. Brownlie), М. В. Буроменський, В. Г. Буткевич, О. В. Буткевич, В. А. Василенко, М. Вілігер (M. Villger), С. А. Войтович, І. Ганнінг (I. Ganning), П. Гугенхейм (P. Guggenheim), М. М. Гнатовський, Дж. Голдсміт (J. Goldsmith), Г. Гроцій (H. Grotius), М. Дженіс (M. Jennings), В. Н. Денисов, В. І. Євінгов, Т. Еліас (T. Elias), Л. Ерліх (L. Ehrlich), Р. А. Каламкарян, Й. Каммерхофер (J. Kammerhofer), А. Кассезе (A. Cassese), Г. Кельзен (H. Kelsen), О. В. Київець, Т. Р. Короткий, Дж. Л. Кунц (D. Kunz), Х. Лаутерпахт (H. Lauterpacht), М. І. Лазарєв, І. І. Лукашук, І. П. Лукін, Ф. Ф. Мартенс, Т. Мерон (T. Meron), Р. Мюллерсон (R. Mullerson), Н. Р. Малишева, О. О. Мережко, Н. М. Мінасян, Л. Оппенгейн (L. Oppenheim), Е. Познер (E. Posner) М. П. Рагозін, В. М. Репецький, А. Робертс (A. Roberts), Є. Т. Рутько, Д. Г. Самхарадзе, Е. І. Сафронова, О. В. Сенаторова, Х. Тирлвей (H. Thirway.), О. В. Трояновський, Ж. Тускоз (J. Touscoz), Г. І. Тункін, А. Фердросс (A. Verdross), М. Ю. Черкес, Ч. Ч. Хайд (Ch. Hyde), Л. Хенкін (L. Henkin), О. Шахтер (O. Shachter), М. Шоу (M. N. Shaw), Дж. Фічмарс (G. Fitzmaurice) та інші.

*Нормативною та емпіричною основою* дисертації є міжнародні договори та міжнародні звичаї, рішення і внутрішні документи міжнародних та національних судів, зокрема: Постійної палати міжнародного правосуддя, МС ООН, МКТЮ, МКТР, МКС, ЄСПЛ, Конституційного Суду України, конституційних та верховних судів іноземних держав.

**Наукова новизна одержаних результатів** полягає в тому, що ця робота є першим у вітчизняній науці міжнародного права комплексним дослідженням ролі міжнародних судових установ у формуванні та реалізації звичаєвого міжнародного права. Новизну конкретизовано у таких основних положеннях:

***вперше:***

розглянуто діяльність міжнародних судових установ під час застосування конкретного міжнародно-правового звичаю як окремої (дискретної) процедури, яка полягає: по-перше, у встановленні права, що регулює правовідносини, які є предметом спору; по-друге, у виявленні відповідності поведінки сторін спору норми звичаєвого характеру через її окремі елементи – практику та *opinio juris*;

запропоновано індикації оптимального волевиявлення держав щодо обов'язковості *opinio juris* через акти органів міжнародних організацій

(наприклад, Генеральної Асамблеї ООН, Комісії міжнародного права) та рішення національних судів (наприклад, конституційних або верховних);

обґрунтовано тезу про те, що діяльність міжнародних судових органів через їх вплив на процес кодифікації та тлумачення норм міжнародного права варто розглядати як квазіправотворчу. Зазначена діяльність здійснюється згідно з концепцією іманентної компетенції, оскільки переважна більшість установчих актів цих органів безпосередньо не містить таких юрисдикційних повноважень;

встановлено особливий порядок застосування звичаєвої норми органами міжнародного кримінального правосуддя, які пріоритетно доводять існування та застосовують звичаєві норми на підставі наявності *opinio juris*;

### ***удосконалено***

положення про те, що міжнародні судові органи для встановлення наявності звичаєвої норми використовують індуктивний та дедуктивний методи, серед яких перевагу надають першому;

доктринальні підходи щодо реалізації норм звичаєвого міжнародного права судові органи здійснюють через специфічну правовстановлюючу та правозастосовну діяльність (процедуру);

правову ідею відносно структури міжнародного звичаю та співвідношення практики суб'єктів міжнародного права та *opinio juris*, яка зумовлена особливостями кожного елементу залежно від галузі права застосування звичаю;

положення, що міжнародні судові органи підтверджують або заперечують наявність звичаю на підставі аргументів сторін або через систему власних переконань та доводів;

ідею щодо виконання нормами звичаєвого міжнародного права комплементарних функцій, які не врегульовані договірним правом на прикладі судових рішень;

наукову позицію, що процес реалізації міжнародного звичаю нероздільно пов'язаний з процесом тлумачення норми звичаєвого міжнародного права;

положення, згідно якого основним судовим органом, що найбільше вплинув на формування звичаєвого міжнародного права, є МС ООН, рішення якого є універсальними прецедентами для інших міжнародних судових органів;

### ***набули подальшого розвитку:***

підхід, що постійно відбувається розширення сфери застосування звичаєвого міжнародного права;

положення, що ЄСПЛ бере участь у реалізації норм звичаєвого міжнародного права у двох формах: відсилання до рішень інших судових установ та самостійне підтвердження існування норми на основі європейського консенсусу;

уявлення про те, що у випадках цілеспрямованого створення звичаєвої норми, спочатку виникає припущення про можливе її існування, яке згодом підтверджується фактичним застосуванням;

бачення, що міжнародно-правовий звичай надалі продовжує розвиватись, заповнюючи прогалини, які не врегульовані договірним правом, та має стійку здатність до розширення сфери використання у міжнародному праві.

**Наукове і практичне значення одержаних результатів.** Одержані в процесі дослідження результати можна використати в таких сферах: науково-дослідній – як основу для подальшого дослідження звичаєвого міжнародного права та його джерел загалом; правотворчій – для розробки міжнародно-правових документів у процесі міжнародної кодифікації звичаєвих норм, а також для розробки внутрішнього законодавства України; правозастосовній – для поширення знань про міжнародне право та особливості його функціонування та під час застосування окремих норм звичаєвого міжнародного права в міжнародних і національних судових органах; навчальному процесі – для викладання курсів «Міжнародне публічне право», «Міжнародне кримінальне право», «Міжнародне право прав людини», «Міжнародне правосуддя», а також під час підготовки відповідних розділів підручників, навчальних посібників і методичних вказівок.

**Апробація результатів дисертації.** Основні теоретичні положення дослідження викладено в наукових публікаціях автора, а також доповідалися й обговорювалися на Міжнародних наукових читаннях, присвячених пам'яті В. М. Корецького (м. Київ, 17 лютого 2011 р.), Міжнародній науково-практичній конференції «Юридична наука в ХХІ столітті: перспективи та пріоритетні напрями досліджень» (м. Запоріжжя, 13-14 травня 2016 р.), V щорічній міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні тенденції міжнародних відносин: політика, економіка, право» (м. Львів, 22 квітня 2016 р.), Всеукраїнській науково-практичній конференції «Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації української держави» (м. Одеса, 8-9 квітня 2016 р.).

Роботу обговорено на кафедрі міжнародного права Львівського національного університету імені Івана Франка.

**Публікації.** Основні положення дисертації знайшли відображення у п'яти статтях, з яких чотири опубліковано у наукових фахових виданнях, перелік яких затверджено МОН України та одній статті у зарубіжному періодичному виданні, а також у чотирьох тезах доповідей на наукових конференціях.

**Структура роботи** зумовлена метою, предметом і завданнями дослідження. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, які разом містять 9 підрозділів, висновків та списку використаних джерел. Загальний обсяг дисертації 237 сторінок, із них – 31 сторінка список використаних джерел, який складається із 317 найменувань.



## ОСНОВНИЙ ЗМІСТ РОБОТИ

У **вступі** викладено актуальність теми дослідження, визначено ступінь наукової розробки проблеми, зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, об'єкт, предмет, мету і задачі дослідження, його методологічну базу, сформульовано наукову новизну отриманих результатів, визначено їх теоретичне і практичне значення, наведено відомості про апробацію і публікацію результатів.

**Перший розділ «Міжнародний звичай як компонент міжнародно-правової системи»** складається з трьох підрозділів і стосується аналізу поняття міжнародно-правового звичаю, становлення і розвитку доктрини й практики щодо місця звичаю в системі джерел міжнародного права та його структурним елементом.

У **підрозділі 1.1. «Поняття та зміст звичаєвого міжнародного права»** здійснено порівняльний аналіз понять міжнародного звичаю як норми та джерела права, його співвідношення з узвичаєнням, надання визначення іншим поняттям та термінам на підставі доктрин та практики міжнародного права.

Проаналізовано використання термінів «міжнародний звичай» та «норма міжнародного звичаєвого права» у рішеннях міжнародних судів та обгрунтовано доцільність використання у науковому вжитку останнього. Зазначено, що доктрина містить численну критику визначення Статутом МС ООН терміну «міжнародний звичай» через формально-логічну та лінгвістичну недосконалість.

Нормою звичаєвого міжнародного права запропоновано вважати позадоговірне правило поведінки, яке встановлюється його суб'єктами шляхом визнання юридично обов'язковою певну практику взаємних відносин. Така норма є результатом погодження міжнародно-правових позицій держав щодо конкретного стану міжнародних відносин.

Доведено, що відсутність висловленої міжнародно-правової позиції з даного питання не завжди має ознаки мовчазної згоди. Твердження про її наявність, як визнання обов'язковості міжнародного звичаю, повинно робитися із урахуванням обставин та взаємної поінформованості про них сторін спору. Поряд із цим, практика міжнародних судів підтверджує, що новоутворені держави не можуть заперечувати обов'язковість міжнародних звичаїв загального характеру (*jus cogens*) та обов'язки, що випливають з їх змісту.

Значний вплив на подальший розвиток доктрини матиме реалізація Комісією міжнародного права ООН довгострокової програми «Ідентифікація міжнародного звичаєвого права», розпочатої у 2012 році.

**Підрозділ 1.2. «Становлення та розвиток доктрини і практики щодо місця звичаю в системі джерел міжнародного права»** висвітлює доктринальні питання розвитку звичаєвого міжнародного права та практики його застосування судовими органами.

У роботі запропоновано розглядати історичні етапи розвитку міжнародного звичаю у поєднанні нормативних та інституційних критеріїв, через призму аналізу партикулярного та універсального звичаєвого міжнародного права.

Особливості застосування звичаєвих норм у різних стародавніх формах вирішення спору продемонстровано на прикладах амфіктіонії, дельфійського оракулу у Древній Греції; інституту претора, комісара Сената, рекуперації, проксена, феціала у Древньому Римі. Міжнародні звичаєві норми відігравали важливу роль у Середньовіччі (V-XV ст.). Особливе місце у формуванні міжнародного правопорядку відводилось церкві, глава якої виступав суддею у спрахх щодо світського та державного життя монархів. Призові суди, які створювались для врегулювання процедури каперства та були спробою правового регулювання питань ведення морської війни, статусу військових кораблів, ведення морської торгівлі, конфіскацій, нейтралітету, – широко застосовували міжнародні морські та торговельні звичаї.

У період Нового часу (XV-XIX ст.) з'являється значна кількість договірних норм щодо питань війни і миру, торгівлі, території та населення, співробітництва; більшість з них створювалася на основі існуючих на той час звичаєвих норм. Кодифікація міжнародного права, яка розпочалася наприкінці XIX ст. (Гаазькі мирні конференції 1899 та 1907 рр.), відбувалася на основі тогочасних звичаєвих норм міжнародного права. Паралельно розширялися та поглиблювалися доктринальні підходи щодо ролі звичаєвих норм міжнародного права у цьому процесі (Ф. Мартенс, Л. Камаровський, П. Казанський). Створення на початку XX ст. постійних органів міжнародної юстиції дало змогу офіційно закріпити міжнародний звичай як основне джерело міжнародного права (Статут Ліги Націй). Діяльність Міжнародного суду ООН у другій половині XX ст. значно вплинула на формування доктрини міжнародного звичаю, визначення його ролі в міжнародному праві (А. Касезе, К. Вольфке, І. І. Лукашук, Т. Мерон). На межі XX-XXI ст., всупереч негативним прогнозам, які мали місце в науковій літературі, міжнародно-правовий звичай активно застосовується у практиці міжнародних судів і трибуналів. Доктринальні погляди та нові підходи, які актуалізували розуміння міжнародного звичаю та особливостей його застосування, загострюючи дискусію, висвітлені у працях Д. Бедермана (D. J. Bederman), К. Бредлі (C. A. Bradley), А. Дамато (A. D'Amato), Р. Бакстер (R. Baxter) Х'ю Терлвей (Hu. Thirlway), П. Петер (P. Reuter), В. А. Василенка, В. М. Корецького, О. В. Задорожного, В. Г. Буткевича, М. В. Буроменського, А. І. Дмитрієва.

Дослідженням обґрунтовано, що свідченням прогресивного розвитку міжнародного права, інституційного та нормативного забезпечення регулювання правовідносин можна вважати підписання ряду універсальних і регіональних конвенцій, та створення для їх реалізації

відповідних міжнародних судових установ, як, наприклад, Міжнародний трибунал з морського права та ЄСПЛ.

У **підрозділі 1.3. «Практика держав та *opinio juris* як основні елементи міжнародно-правового звичаю»** виявлено особливості кожного з елементів міжнародно-правового звичаю. Міжнародний звичай включає в себе два елементи, які мають різне доктринальне тлумачення. Водночас, міжнародна доктрина і практика виробили набір критеріїв ідентифікації складників міжнародного звичаю – практики, як матеріального «об’єктивного» елементу та *opinio juris*, який називають ще «психологічним», «суб’єктивним» чи «інтелектуальним» елементом звичаю.

Практика держави як елемент міжнародного звичаю виражається у поведінці, яку демонструють органи влади при реалізації законодавчої, виконавчої, судової юрисдикції у міжнародних правовідносинах. Дотримання чи порушення міжнародного звичаю може ідентифікуватись через атрибуцію державі певних дій.

Окремо виділені різновиди практики, що досліджувались міжнародними судами як елемент міжнародного звичаю, які ще називають поведінкою «по місцю» (затримання суден, надання дипломатичного притулку, проведення ядерних випробувань, прохід суден міжнародними водними шляхами); акти державної влади (нормативні акти, заяви, звернення уряду); позиції органів влади у національних та міжнародних судах; дипломатичні акти та кореспонденція (вербальні ноти, циркуляри); рішення національних судів; резолюції органів міжнародних організацій та участь учасників у голосуваннях; бездіяльність як різновид «пасивної» практики; поведінка недержавних агентів.

Дослідженням обґрунтовано, що докази *opinio juris* встановлюються міжнародними судами через дослідження публічних актів держав, офіційних публікацій, урядових заяв та проєктів, дипломатичного листування, рішень національних судів, міжнародно-правової позиції у діяльності міжнародних організацій та їх органів. Оскільки міжнародним організаціям властиве широке представництво держав, то проявом оптимального виявлення зобов’язання, яке держави беруть на себе за звичаєвою нормою через участь в діяльності міжнародних організацій, є результати їх голосувань, участі у засіданнях, робочих групах та комітетах.

Дослідженням встановлено, що преференційна увага міжнародних кримінальних судів до виявлення власне *opinio juris* в жодному випадку не нівелює процедуру встановлення та перевірки державної практики для кваліфікації міжнародних злочинів.

**Другий розділ «Вплив міжнародних судових установ на міжнародне звичаєве правотворення та правозастосування»** стосується аналізу проблем формування звичаєвого права міжнародними судовими установами, виявлення особливостей реалізації та тлумачення цими органами норм міжнародного звичаєвого права.

**Підрозділ 2.1. «Співвідношення звичаєвого правотворення та практики міжнародних та національних судів»** містить порівняльний аналіз порядку формування норм міжнародного звичаєвого права та практики міжнародних і національних судових установ. Однією з особливостей, що характеризують процес формування норм звичаєвого міжнародного права, є відсутність попередньо встановлених формальних процедур, властивих праву міжнародних договорів.

Дослідженням обґрунтовано, що практика міжнародних судів під час застосування міжнародних звичаїв може проявлятися за кількома напрямками. У низці справ вони застосовують відомі міжнародні звичаї через актуалізацію встановленого прецеденту або перевірку завершення процесу формування та наявності двоелементної структури звичаєвої норми. Базовими прецедентами застосування міжнародного звичаю МС ООН є рішення у справах: *Про надання притулку 1950 р.* (Колумбія проти Перу); *Монетарного золота, вивезеного з Риму 1954 р.* (Італія проти США, Великобританії та Франції); *Континентального шельфу Північного моря 1969 р.* (ФРН проти Данії та Нідерландів); *Захоплення в заручники дипломатичного персоналу в Тегерані 1980 р.* (США проти Ірану); *Військових та напіввійськових формувань 1986 р.* (Нікарагуа проти США); *Реалізації кримінальних процедур та юрисдикцій 2003 р.* (Конго проти Франції); *Застосування Конвенції щодо запобігання та покарання за злочини геноциду 2007 р.* (Боснія та Герцеговина проти Сербії); *Юрисдикційних імунітетів держави 2012 р.* (ФРН проти Італії) та інших.

Міжнародні суди проводять вивчення та оцінку доказів кожного елементу міжнародного звичаю, оскільки сама по собі практика, без визнання обов'язковості, не може визнаватися звичаєвою нормою. Таким чином, запропоновано реалізацію міжнародного звичаю у конкретній справі розглядати як дві дискретні (окремі) судові процедури: спочатку суди через вивчення практики держави та визнання обов'язковості зобов'язань (*opinio juris*) встановлюють наявність загальної (партикулярної) звичаєвої норми міжнародного права, яка регулює правовідносини, які є предметом спору. В наступному суди досліджують відповідність звичаєво-правовому зобов'язанню фактичні дії держав – сторін судового процесу. Окремо доведено, що особливу увагу під час аналізу результату формування міжнародного звичаю суди приділяють вивченню бездіяльності, як прояву пасивної практики у формах мовчазної згоди або упушення дії (аберації) та її стійкому запереченню.

Як встановлено в результаті вивчення судової практики, формування міжнародного звичаю у різних галузях міжнародного права має певні особливості. Наприклад, сучасна позиція органів міжнародного кримінального судочинства засвідчує, що в умовах вчинення міжнародних кримінальних злочинів принципи міжнародного гуманітарного права можуть виникати через звичаєво-правовий процес у відповідь на вимоги

щодо гуманності або веління суспільної свідомості, навіть за наявності незначної та непослідовної державної практики. Другий елемент у формі *opinio juris*, що виникає в результаті імперативу гуманності та суспільної свідомості, може бути вирішальним чинником, який повідомляє про виникнення загальної норми або принципу гуманітарного права (*Справа Прокурор проти Купречкіца*, МКТЮ, 2000 р.). Доведено, що для дослідження звичаєвого міжнародного правотворення базовою є практика МС ООН, який у своїх рішеннях встановлює критерії, які слід враховувати під час формування міжнародного звичаю: загальності, однотипності, послідовності в межах певного періоду.

**Підрозділ 2.2. «Реалізація міжнародними судовими установами звичаєвого міжнародного права»** містить аналіз поняття «реалізація» щодо норм звичаєвого міжнародного права.

Обґрунтовано, що установчі документи міжнародних судових органів містять або пряме посилання на міжнародно-правовий звичай, як джерело права або суди застосовують норми міжнародного звичаю через реалізацію положень про «інші норми міжнародного права» або «норми загального міжнародного права». Реалізацію норм права можна розглядати як процес і як кінцевий результат.

В результаті дослідження доведено, що правозастосування норм міжнародного звичаю з боку міжнародних інституцій здійснюється в кількох аспектах. У межах визначеної юрисдикції суди реалізують свої повноваження щодо встановлення, перевірки, підтвердження міжнародного звичаю через конкретні правовідносини в межах судової справи. Так, у справі *Розмежування морських та сухопутних кордонів 2002 р.* (Камерун проти Нігерії) МС ООН вказав, що звичаєве міжнародне право, як і Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р., залишають за державами вибір процедури, якої вони хочуть дотримуватися під час укладання договорів. Оскільки сторони домовились про продовження визначення морського кордону за Декларацією, вона набула чинності відразу після її підписання, згідно міжнародного звичаю.

Доведено, що застосовуючи норми міжнародного звичаю, судові установи виконують фундаментальні завдання міжнародного права з його розвитку. Зокрема, судові інституції інформують світову спільноту не лише про встановлені правила поведінки, але й про тенденції та динаміку змін правового регулювання. У справі *Континентального шельфу Північного моря 1969 р.* (ФРН проти Данії та Нідерландів), МС ООН оцінив можливості трансформації договірної норми у звичаєву, відзначивши при цьому, що, на погляд Суду, положення угоди, прийняте достатньою репрезентативною кількістю держав, може перетворитись на норму звичаєвого міжнародного права практично миттєво. Також, кожне рішення суду, винесене на підставі міжнародного звичаю, створює додану вартість у виконанні міжнародним правом ціннісно-орієнтаційної функції.

У справі *Барселона Трекин 1970 р.* (Бельгія проти Іспанії) МС ООН вказав на звичаєву природу норм захисту прав людини. Судом підкреслено, що певні порушення звичаєвого міжнародного права вважаються настільки критичними, що про порушення цього виду може заявляти будь-яка держава, а не лише держава, що безпосередньо постраждала від зобов'язання *erga omnes*. Нормативно-регулятивний вплив, який демонструє судова практика, полягає в тому, що форма права досягає мети її створення – конкретного впливу на правовідносини.

Через аналіз практики міжнародних судів обґрунтовано, що їх рішення, зазвичай, не тільки констатують існування звичаєвої норми, але й досить часто встановлюють факт порушення міжнародно-правових зобов'язань, що випливають з цієї норми, і за порушення яких передбачена відповідальність. Є підстави стверджувати, що міжнародні судові установи виконують контрольні функції в механізмі реалізації звичаєвих норм міжнародного права.

**Підрозділ 2.3. «Тлумачення звичаєвих норм міжнародними судовими установами»** присвячено особливості встановлення змісту норм міжнародного звичаєвого права.

Як показало дослідження, міжнародні, а іноді й національні судові органи у своїй практиці тлумачать норми звичаєвого міжнародного права керуючись принципами статей 31, 33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. У спорі *щодо питань взаємної правової допомоги у кримінальних справах 2008 р.* (Джибуті проти Франції) МС ООН зазначив, що у питанні тлумачення договорів, положення статті 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. є кодифікацією міжнародних звичаєвих норм та поряд із контекстом міжнародної угоди враховуються будь-які відповідні норми міжнародного права, що застосовуються у відносинах між учасниками. У рішеннях *Делімітації морського кордону та територіальних питань 1995 р.* (Катар проти Бахрейну), *Питанні нафтових платформ 2003 р.* (США проти Ірану), МС ООН підкреслювалось, що правила добросовісного тлумачення зобов'язань, які породжуються укладанням договорів, мають звичаєву природу.

Процес з'ясування змісту звичаєвої норми виступає, по суті, спеціально-юридичним тлумаченням, у результаті якого визнається факт існування звичаєвої норми та сфера її дії. Таке твердження підтримали представники Комісії міжнародного права ООН у спеціальній доповіді про формування і докази звичаєвого міжнародного права.

Доведено, що судові органи, з метою застосування зазначених норм, тлумачать не лише їх зміст, але і визначають умови, за яких норми мають застосовуватися.

**Третій розділ «Практика застосування міжнародними судовими установами звичаєвого міжнародного права»** присвячений виявленню

ролі та місця норм звичаєвого міжнародного права у практичній діяльності різних міжнародних судових установ.

**Підрозділ 3.1. «Роль звичаю у практиці Міжнародного суду ООН»** містить аналіз практики МС ООН щодо застосування норм звичаєвого міжнародного права.

Доведено, що особливістю застосування міжнародно-правового звичаю у процедурі Суду є однакові можливості для аргументації своєї позиції як для сторін спору, так і для Суду. Держава-учасниця справи, яка покладається на міжнародний звичай при формуванні власного доказу чи обґрунтуванні наявності обов'язку з боку опонента або порушення ним певного права, несе процесуальне обтяження доказування наявності елементів звичаю – практики та *opinio juris*. Вивчаючи позиції сторін спору, виявлено, що Суд по-різному оцінює надані сторонами спору аргументи, та іноді відкидає їх. У рішенні щодо справи *Ордеру на арешт 2012 р.* (Конго проти Бельгії), взявши за основу звичаєве міжнародне право, Суд вирішив питання відносно імунітетів, які мають відношення до цієї справи на підставі власних доводів.

Дослідженням обґрунтовано комбіноване застосування норм міжнародно-правового звичаю та договору у справі МС ООН щодо братів Ла Грандів. Суд, аргументуючи свою позицію положеннями Віденської конвенції про консульські зносини 1963 р., вказав, що консульський захист громадян є однією із концепцій звичаєвого міжнародного права.

Практику застосування звичаю Судом пропонується розглядати за напрямками підтвердження, заперечення існування міжнародного звичаю або фіксації суттєвих змін звичаєвого нормотворення. Суд своїм рішенням або консультативним висновком: підтверджує факт існування певного міжнародно-правового звичаю (*справа про арешт* (Конго проти Бельгії)); закріплює двоелементну структуру звичаєвої норми (*про континентальний шельф* (ФРН проти Данії та Лівії проти Мальти)); підтверджує існування поряд з універсальними, локальних (партикулярних) звичаєвих норм (*справа про притулок* (Колумбія проти Перу)); констатує наявність ознак модифікації способів формування міжнародного звичаєвого права (*справа про військові та напіввійськові дії* (Нікарагуа проти США)); опосередковано встановлює, що норми *erga omnes* і *jus cogens*, крім договірних, мають і звичаєвий характер (*справа про військові дії на території Конго* (Конго проти Уганди)); Суд виносить рішення, застосовуючи паралельно і договірні, і звичаєві норми (*справа братів Ла Грандів* (Німеччина проти США)).

Дослідженням встановлено, що міжнародно-правова доктрина обґрунтовано розділяє практику МС ООН щодо застосування звичаєвих норм міжнародного права на два основні етапи. На першому, у 1945-1969 рр., Суд розглядав справи, пов'язані з загальним тлумаченням змісту і застосуванням міжнародних договорів та класичних звичаїв. На другому



етапі – від 1969 р. до сьогодні, Суд здійснює широку інтерпритацію не лише норм міжнародного звичаю, але й дає характеристики особливостям його застосування та визначення окремих елементів. Методологія діяльності Суду під час встановлення наявності звичаєвих норм виходить з пріоритету індукції, а дедукцію використовують лише у випадках, коли використання індукції є неможливим.

**Підрозділ 3.2. «Роль звичаю у практиці Європейського суду з прав людини»** присвячений дослідженню місця норм звичаєвого міжнародного права в діяльності ЄСПЛ.

Доведено, що ЄСПЛ виступає дієвим механізмом застосування міжнародно-правових норм, вирішення міжнародних спорів та тлумачення положень міжнародного права у сфері захисту прав людини (в межах, окреслених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.). ЄСПЛ передусім зобов'язаний застосовувати саме норми Конвенції, оскільки, відповідно до статті 32 Статуту, його юрисдикція поширюється на всі питання тлумачення і застосування Конвенції та Протоколів до неї. У своєму рішенні у справі *Маркс проти Бельгії 1979 р.*, Суд підкреслив, що він застосовує міжнародні акти, оскільки вони вказують на безперервну еволюцію норм і принципів, що застосовуються в міжнародному праві або у внутрішньому законодавстві більшості держав-членів Ради Європи та в конкретній області демонструють наявність спільної позиції сучасного суспільства.

Застосування норм міжнародного права ЄСПЛ здійснює, виходячи з інтерпретації положень пункту 3 «с» ст. 31 Віденської конвенції 1969 р., про що було зазначено у рішенні *Демінара і Байкари проти Туреччини*. Суд вказав, що він бере до уваги будь-які відповідні норми і принципи міжнародного права, які застосовуються у відносинах між Договірними сторонами, незалежно від того, чи були вони підписані або ратифіковані державою-відповідачем. Застосування міжнародного звичаю та рішень інших судових органів може відбуватися лише в процесі тлумачення окремих положень Конвенції 1950 р. Як зазначено у рішенні щодо справи *Джонсон та інші проти Ірландії*, інтерпретуючи положення Конвенції 1950 р., ЄСПЛ підкреслив, що ця процедура проводилась ним виключно відповідно до правил тлумачення міжнародних договорів, закріплених у Віденській конвенції 1969 р., стороною якого є відповідач.

ЄСПЛ у своїй діяльності, посилаючись на практику правозастосування міжнародного звичаю, звертається до фактів, що впливають з діяльності ООН, Комісії міжнародного права та МС ООН. Формуючи власну позицію у справі, ЄСПЛ проводить комплексне дослідження позиції держав у різних процесах правотворення: від дослідження загальних тенденцій питань кодифікації права до вивчення конкретної позиції окремої держави (заяв, заперечень та голосувань), вказуючи на те, що практикою держави вважатиметься поведінка органів державної влади в особі їх представників



(посадових осіб). Суд застосував таке дослідження у справі *Цудак проти Литви 2010 р.*, у питанні доступу до справедливого правосуддя особи, звільненої із дипломатичного іноземного представництва, та застосування імунітетів держави. Окрім того, для підтвердження існування *opinio juris* щодо наявності норми звичаєвого міжнародного права, в окремих справах ЄСПЛ досліджує практику певних держав і враховує їх національне законодавство. Зазначена процедура в теорії міжнародного права отримала назву «Європейський консенсус» (справа *A., B. and C проти Ірландії*), що дедалі частіше використовується в науковому вжитку.

Встановлено, що ЄСПЛ, з метою дослідження звичаєвої норми, без обмежень використовує як загальні (індукція і дедукція), так і спеціальні (формально-юридичний, соціологічний, текстуальний) методи, що дозволяє Суду винести обґрунтовані рішення у справі.

У **підрозділі 3.3. «Роль звичаєвих норм у практиці органів міжнародного кримінального правосуддя»** акцентовано увагу на особливостях застосування звичаєвих норм органами міжнародної кримінальної юстиції.

Дослідженням обґрунтовано, що у зв'язку з принципом ретроактивної юрисдикції, застосування міжнародних звичаїв у практиці Токійського та Нюрнберзького трибуналів мали ключове значення, оскільки вони розглядали факти порушень, які мали місце до прийняття їх Статутів та відповідних чітких кваліфікацій протиправних діянь міжнародного характеру договірним правом. Заборона агресії та злочинів проти людяності мали визначення на той час виключно на рівні звичаєвих норм міжнародного права. Нюрнберзький процес створив прецедент визнання протиправними діяння щодо порушень законів та звичаїв війни не лише держава та її посадових осіб, але й політичних організацій.

Як випливає з дослідження, результатами діяльності цих Трибуналів започатковано імплементацію у національні законодавства держав норм звичаєвого міжнародного права, що забороняє міжнародні злочини (злочини проти людяності, порушення законів та звичаїв війни) та виокремлення нового інституту міжнародного права – відсутність імунітету високих державних посадовців у разі вчинення ними міжнародного злочину.

Практика післявоєнних трибуналів була ускладнена через доктринальні розбіжності щодо кваліфікації конфліктів у Югославії та Руанді, можливості застосування до їх інтерпретації попередньо вироблених підходів. Вагомим є виявлення процедури визначення психічного елементу (*opinio juris*), пов'язаного з теорією командної відповідальності (спеціальної категорії злочину, що додається до інкримінованого в міжнародному праві).

Необхідно відзначити, що досить часто в практиці Трибуналів та МКС досліджувались існуючі звичаєві норми з тим, щоб більш чітко і

точно інтерпретувати норми Статутів, у яких визначено склади окремих міжнародних злочинів. При цьому, як правило, таке тлумачення не стільки має місце в мотивувальній частині вироків, скільки в процесі самих суджень суддів (Справи МКТЮ, *Обвинувачення проти Купрешикіча* (Prosecutor v. Kupreškić), *Обвинувачення проти Фурунджія* (Prosecutor v. Furundžija). Доведено, що важливою для доктрини та практики стали ідентифікації ефективного та загального контролю з боку третіх сторін, що започатковано МС ООН у справі *Про військові та напіввійськові формування 1986 р.* (Нікарагуа проти США).

Встановлено, що поточна діяльність МКС суттєво ускладнена позицією ряду держав щодо визнання та підтримки його діяльності, що не сприяє розвитку та вдосконаленню звичаєвого міжнародного права. Мають місце факти ігнорування принципів міжнародного кримінального права та неоднозначне бачення майбутньої діяльності МКС щодо переслідування осіб з боку держав Африки та Азії. Доведено, що сучасне застосування норм звичаєвого міжнародного права органами міжнародного кримінального правосуддя базується на тому, що переважну частину сучасної практики створив МКТЮ, інші суди і трибунали у значній мірі звертаються до його рішень. Уважається, що міжнародний звичай є основою сучасної міжнародної кримінальної юстиції, та ряд його норм отримали статус імперативних норм міжнародного права (*jus cogens*).

## ВИСНОВКИ

1. Нормою звичаєвого міжнародного права визначено позадоговірне правило поведінки, яке встановлюється його суб'єктами шляхом визнання юридично обов'язковою певну практику взаємних відносин. Вказане визначення враховує, по-перше, юридичну природу звичаєвої норми, що презюмує відповідальність з її порушення. По-друге, створення звичаєвої норми є багатостороннім позадоговірним процесом, у якому суб'єкти реалізують свій правовий статус. Третьою особливістю є взаємне усвідомлення наслідків створення норми звичаєвого права. На нашу думку, форма усвідомлення має проявлятися через міжнародно-правову позицію держави з конкретного питання, у діях компетентних органів або у мовчазній згоді.

2. Важливу роль у формуванні та розвитку звичаєвого міжнародного права відіграє доктрина. Саме в працях вчених-міжнародників проведено систематизацію його норм у окремих галузях. Роль доктрини значно змінилась із створенням міжнародних судових установ, які консолідували діяльність щодо констатації, оцінки та тлумачення норм звичаєвого міжнародного права.

3. Міжнародно-правова доктрина і практика встановила двокомпонентну (двоелементну) структуру міжнародного звичаю. При цьому, до кожного з елементів є специфічні вимоги. Зокрема, практика,

яку розглядають як фактичний (об'єктивний) елемент, повинна бути загальною, однорідною та повторюваною. Водночас, вона як визнання наявності звичаєвої норми у якості суб'єктивного елементу, має бути втілена в діяльності суб'єкта міжнародного права. Інші чинники, такі як час (тривалість), протягом якого формуються звичаї, хоча і є необхідними, проте не мають визначального характеру і можуть суттєво відрізнятися.

4. Перелік видів практики, за допомогою яких держави беруть участь у формуванні звичаєвих норм міжнародного права, значно розширився за останній період. Якщо раніше доктрина виділяла лише акти органів державної влади у сфері міжнародних відносин, то тепер до цього переліку відносять додаткові різновиди практики, як пасивну поведінку держав та їх внутрішнє законодавство.

Обидва підходи викликають певні дискусії в доктрині міжнародного права, але практика міжнародних судових органів, зокрема МС ООН, підтверджує їх взаємну обґрунтованість.

Варто виділити характерну відмінність між роллю судових органів та інших суб'єктів інституційного механізму в процесі міжнародного звичаєвого нормотворення. Якщо значення держав проявляється насамперед в тому, що їх практика формує матеріальну складову міжнародного звичаю, а рішення міжнародних організацій впливають на *opinio juris*, то міжнародні судові органи у своїх рішеннях констатують факт існування норм звичаєвого міжнародного права. При цьому судові органи не лише визнають їх звичаєвий характер, а й встановлюють наявність необхідних елементів.

5. Суть реалізації норм звичаєвого міжнародного права судами міжнародної юрисдикції полягає у виконанні ними регуляторної, ціннісно-орієнтаційної та інших функцій. Зокрема, міжнародні суди встановлюють факт порушення державою чи особою міжнародно-правових зобов'язань, що випливають з цієї норми, причини та обставини, які передували протиправному діянню. Таким чином, міжнародні суди ідентифікують ризики правозастосування міжнародного звичаю.

6. Тлумачення звичаєвого міжнародного права здійснюється на всіх стадіях правотворчих процесів. В цій діяльності застосовують принципи, визначені ст.ст. 31-33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року. Будь-яке застосування звичаю судовими органами завжди передбачає здійснення інтерпретації, яка обумовлюється обставинами та умовами реалізації права. У процесі тлумачення міжнародними судами звичаєвих норм використовуюся всі прийоми, притаманні тлумаченню міжнародних договорів.

7. МС ООН посідає центральне місце серед органів міжнародного правосуддя як у частині констатації наявності звичаю, так і щодо практики його використання у процесі здійснення правосуддя. Практика цього органу досить часто охоплює методологічні питання, пов'язані з формуванням, тлумаченням чи реалізацією норм звичаєвого міжнародного права.

Суд констатує наявність ознак модифікації способів формування звичаєвого міжнародного права або опосередковано встановлює, що норми *erga omnes* і *jus cogens*, крім договірних, мають і звичайний характер. Також Суд може заперечувати існування звичаю міжнародного права, не погодившись з твердженням про наявність певної норми, однак вказує на тенденцію щодо її формування.

8. ЄСПЛ у своїй діяльності, посилаючись на практику інших міжнародних судів, встановлює наявність міжнародного звичаю опосередковано, тобто посилається на факти, встановлені, зокрема, Комісією міжнародного права та МС ООН.

Для підтвердження існування *opinio juris*, ЄСПЛ досліджено практику певних держав з врахуванням їх національного законодавства. Зазначена процедура в теорії міжнародного права отримала назву «Європейський консенсус» (*справа А., В. and С. v. Ireland*), яку дедалі частіше використовують в науковому обігу.

9. Особливий внесок до теорії звичаєвого міжнародного права зробили Нюрнберзький трибунал та МКТЮ. Завдання, що вирішувались із застосування міжнародного звичаю даними установами полягали у формуванні головних принципів кримінальної відповідальності фізичних осіб за міжнародні злочини, застосування ретроактивної юрисдикції, практичного застосування доктрини щодо кваліфікації міжнародних та неміжнародних збройних конфліктів. Інші органи міжнародного кримінального правосуддя здебільшого обмежувалися посиланнями на їх практику.

## СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ АВТОРОМ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

1. Андрейків А. І. Звичаєві норми як елемент нормативної системи міжнародного права. *Вісник Львівського університету. Серія Міжнародні відносини*. 2004. Вип. 11. С. 129-138.

2. Андрейків А. І. Особливості реалізації звичаєвих норм міжнародного права на міжнародному рівні. *Наше право*. 2011. № 1. Ч. 1. С. 156-160.

3. Андрейків А. І. Роль звичаєвих норм у практиці Європейського суду з прав людини. *Evropsky'politicky'apra'vni'diskurz*. 2015. V. 2. Iss. 6. С. 49-53.

4. Андрейків А. І. Тлумачення норм звичаєвого права у практиці міжнародних та національних судових установ. *Право. UA*. 2016. № 1. С. 159-165.

5. Андрейків А. І. Роль звичаєвих норм в практиці органів міжнародного кримінального правосуддя. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 3. С. 178-181.

6. Андрейків А. І. Значення наукових поглядів академіка Корецького В. М. при дослідженні міжнародно-правового звичаю. *Міжнародні наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького*: матеріали (м. Київ, 17 лютого 2011 р.). С. 319-322.

7. Андрейків А. І. Реалізація міжнародними судовими установами норм міжнародного звичаєвого права. *Юридична наука в ХХІ столітті: перспективні та пріоритетні напрями досліджень*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Запоріжжя, 13-14 травня 2016 р.). С. 168-171.

8. Андрейків А. І. Звичаєві норми у практиці міжнародного суду ООН. *Сучасні тенденції міжнародних відносин: політика, економіка, право*: Зб. наук. праць V щорічної міжнародної науково-практичної конференції (м. Львів, 22.04.2016 р.). Львів, 2016. С. 26-30.

9. Андрейків А. І. Застосування норм звичаєвого права у практиці міжнародних кримінальних судів. *Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації української держави*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 8-9 квітня 2016 року. Одеса. Міжнародний гуманітарний університет, 2016. С. 126-129.

## АНОТАЦІЯ

**Андрейків А. І. Роль міжнародних судових установ у формуванні та реалізації звичаєвого міжнародного права.** – Рукопис.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.11 – міжнародне право. – Національний університет «Одеська юридична академія». – Одеса, 2018.

Дисертація присвячена дослідженню ролі міжнародних судових установ у процесі формування та реалізації норм звичаєвого міжнародного права. Висвітлено основні етапи становлення і розвитку доктрини та практики щодо звичаєвих норм у системі джерел міжнародного права, дано власне визначення звичая як джерела міжнародного права. Проаналізовано окремі елементи норми міжнародного звичаєвого права (практики та *opinion juris*) органами міжнародного судочинства, визначено часові, кількісні та функціонально-правові умови, необхідні та достатні для формування звичаєвих норм. Нормою звичаєвого міжнародного права визначено як юридично обов'язкове, позадоговірне правило поведінки, яке встановлюється його суб'єктами шляхом визнання юридично обов'язковою певну практику взаємних відносин. Суть реалізації норм звичаєвого міжнародного права судами міжнародної юрисдикції полягає у виконанні ними регуляторної, ціннісно-орієнтаційної та інших функцій. Запропоновано розглядати застосування конкретного міжнародно-правового звичаю міжнародними судами як окрему (дискретну) процедуру, яка полягає: по-перше, у встановленні права, що регулює правовідносини,

які є предметом спору; по-друге, у виявленні відповідності поведінки сторін спору нормі звичаєвого характеру через її окремі елементи – практику та *opinio juris*. Діяльність судових органів щодо звичаєвого нормотворення доцільно розглядати як квазіправотворчу.

Досліджено практику застосування звичаєвих норм ЄСПЛ, який у своїй діяльності встановлює наявність міжнародного звичаю опосередковано, тобто посиляється на факти, визначені рішеннями інших міжнародних установ, зокрема Комісії міжнародного права та МС ООН. Для підтвердження існування *opinio juris* як спільного визнання відповідної звичаєвої норми, ЄСПЛ досліджує практику держав із врахуванням їх національного законодавства. Зазначена процедура в теорії міжнародного права отримала назву «Європейський консенсус».

**Ключові слова:** норми звичаєвого міжнародного права, міжнародні судові органи, іманентна компетенція, двоелементна структура звичаєвої норми, міжнародно-правова доктрина.

## АННОТАЦИЯ

**Андрейкив А. И. Роль международных судебных учреждений в формировании и реализации обычного международного права. – Рукопись.**

Диссертация на соискание научной степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.11 – международное право. – Национальный университет «Одесская юридическая академия». – Одесса, 2018.

Диссертация посвящена исследованию роли международных судебных учреждений в процессе формирования и реализации норм международного обычного права. В работе освещены основные этапы становления и развития доктрины и практики в отношении обычных норм в системе источников международного права. Дано авторское определения международного обычая, исходя из особенности его правоприменения международными судебными учреждениями. Практика государств и признание его в качестве обязательной нормы раскрыты через специальные процедуры правоприменения судами собственной юрисдикции.

Проанализировано отношение к отдельным элементам нормы обычного права, определенны условия, которые необходимы и достаточны для формирования обычных норм. Рассмотрено соотношение обычного правообразования и практики международных судов в отношении международного обычая, при этом установлены особенности реализации обычных норм в разрезе разных международных судебных учреждений.

Раскрыты специфические черты толкования обычных норм этими учреждениями, в результате чего признается факт существования и сферы их действия. Установлена роль обычаев в практике Международного суда

ООН, Международного уголовного суда, трибуналов ad hoc по Руанде и бывшей Югославии. Предложено рассматривать деятельность международных судебных учреждений в сфере международного обычного правотворчества как квазиправотворческую, а в правоприменении как комплементарную. Проанализирована практика применения обычных норм Европейским судом по правам человека и органами международного уголовного правосудия.

**Ключевые слова:** нормы обычного международного права, международные судебные органы, имманентная компетенция, двухэлементная структура обычной нормы, международно-правовая доктрина.

## SUMMARY

**Andreykiv A. I. The role of international judicial bodies in formation and realization of customary international law.** – Manuscript.

Thesis for obtaining of a scientific degree of candidate of legal sciences under the specialty 12.00.11 – international law. – National University «Odesa Academy of Law». – Odesa, 2018.

The thesis explores the role of international judicial bodies in the process of formation and realization of customary international law.

Customary international law, being general practice accepted as law, is formed by the instances of conduct that are coupled with *opinio juris*. It was found that the official definition of custom as a source of international law has institutional nature and is contained in the provisions of the Statute of the International Court of Justice. Thus, the understanding of custom as the form of law and as a rule, which establishes the binding behavior of the subjects of international legal relations, can be possible though the activity of judicial bodies.

It is worth mentioning, that according to general practice new states cannot arbitrarily choose legally binding rule of customary international law, as they have the responsibility to abide by the all customary rules, which were established before the creation of a state. Special attention is paid to the psychological element of international custom (*opinio juris*), which has a major role in cases of absence of repetitive practice in international relations on existence of a certain international custom. It is important to note that the party, which applies to international judicial body and substantiates its position by customary international law rules, has to provide credible evidence that this rule is of customary nature. International judicial bodies in turn assess legal positions provided, acknowledges the existence of customary rule elements needed and decides on its application. International judicial bodies cannot recognize customary nature of a rule by any other consideration. When the judicial body applies custom as generally binding rule, in addition



to positive practice of the application of customary rules, a negative practice has a big importance as well – when a court refuses to apply customary rule or denies its customary nature.

The practice of parties to a treaty (among themselves) is likely to be chiefly motivated by the conventional obligation, and thus is generally less helpful in ascertaining the existence or development of a rule of customary international law. Such practice is normally just that, sometimes serving as a means of interpretation of the treaty under the rules set forth in article 31 (3) (b) or article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. The legal effect of rules of customary international law mainly depends on consent of the state, which can be expressive or tacit.

It was found that the application of customary international law rules in the procedure of the International Court of Justice is to be considered in several aspects. The Court decides on the basis of customary international law rule, parties to the dispute, however, use customary rules of international law for arguing and defending its positions. The European Court of Human Rights in its activities, referring to the practice of the International Court of Justice, can determine the existence of international custom not directly but indirectly – by relying on facts determined by other bodies, including the International Law Commission and the International Court of Justice. Such position seems appropriate since the ECHR, unlike the International Court of Justice, is precluded from determination of the existence of such rule. In addition, in some cases the ECHR examines the practice of certain states and takes into consideration their domestic laws in order to reaffirm the existence of opinion juris in the customary international law rule. This procedure received the name «European Consensus» in the theory of international law, and is being more widely used in the scientific circulation.

Application of customary international law rules by the international criminal jurisdiction bodies has some peculiar aspects: most of the practice on the existence and application of customs was created by the ICTY. It was pointed out that other courts and tribunals limited themselves to refer to the ICTY's practice; unlike practice of other judicial bodies, in the international criminal law opinion juris has the leading role, though it also uses two-elements concept; unlike the tribunals the Statute of the ICC accords much less prominent role to customary rules, which are applied in the cases of impossibility of the use of the Statute and other treaties.

**Keywords:** customary international law rules, international judicial bodies, eminent competence, two-elements structure of customary rule, international legal doctrine.



Підписано до друку 11.10.2018.  
Формат 60х90/16. Ум.-друк. арк. 0,9. Наклад 100 прим.

---

Видавець і виготовлювач ПП «Фенікс»  
Свідцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.2002 р.  
65009, м. Одеса, вул. Зоопаркова, 25. Тел. 7777-591.

